

WYROK

z dnia 25 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2019 r. przez odwołującego: LMC Trans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Bartycka 175; 00-716 Warszawa w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Mokotów ul. Rakowiecka 25/27; 02-517 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża LMC Trans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Bartycka 175; 00-716 Warszawa i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LMC Trans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Bartycka 175; 00-716 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiotowe postępowanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pt. "Dowóz 110 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów do przedszkoli, szkół i placówek oświatowych na trasie dom - jednostka oświatowa, jednostka oświatowa - dom dla ośmiu Obszarów Mokotów, znak postępowania: UD-IV- WZP.271.40.2019.DKO - cz. VI, VII i VIII.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 2019/S 078-186824, data opublikowania: 19 kwietnia 2019 roku, data publikacji na stronie zamawiającego: 19 kwietnia 2019 roku

odwołanie

Odwołujący na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017.1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, niniejszym, w oparciu o art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez zamawiającego polegającej na:

- a) wykluczeniu odwołującego z postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII w sposób sprzeczny z ustawą;
- b) unieważnieniu postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII w sposób sprzeczny z ustawą

Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy ustawy:

a) art. 24 ust. 1 pkt 12 przez jego błędne zastosowanie i uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, co doprowadziło do wykluczenia go z postępowania, podczas gdy odwołujący wykazał w sposób prawidłowy, że takie uprawnienia posiada;

b) art. 93 ust. 1 pkt 4) przez unieważnienie postępowania w zakresie cz. VI i VIII z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, wskutek sprzecznego z przepisami ustawy wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, podczas gdy nie doszło do przesłanek uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu;

c) art. 93 ust. 1 pkt 1) przez unieważnienie postępowania w zakresie cz. VII z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, wskutek sprzecznego z przepisami wykluczenia z udziału w postępowaniu, podczas gdy nie doszło do przesłanek uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu;

d) art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym w zw. z art. 584(2) §2 i 551 §5 ustawy z dnia 15 września 2000 roku - Kodeks spółek handlowych („ksh”) w zw. z art. 7 ust. Pzp przez przyjęcie przez zamawiającego, że nie doszło do przejścia na odwołującego uprawnień wynikających z licencji wydanej na rzecz działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś., przekształconej w LMC Trans sp. z o.o., podczas gdy w wyniku wydania decyzji organu licencyjnego dochodzi jedynie do potwierdzenia przyznanych uprawnień licencyjnych podmiotu przekształcanego, nie zaś do przyznania na nowo uprawnień w wyniku decyzji administracyjnej.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą prowadzić do uniemożliwienia udziału odwołującego w postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik postępowania, odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego oraz odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 4) nakazanie zamawiającemu przywrócenia do postępowania odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ;
- 5) zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.;

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodne z ustawą wykluczenie odwołującego z postępowania doprowadziły bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w

postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta złożona przez odwołującego zostanie poddana przez zamawiającego badaniu i ocenie, a w konsekwencji tego uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodne z ustawą wykluczenie odwołującego z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dokonanie odpowiedniej opłaty.

Czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego oraz unieważnieniu postępowania zostały dokonane w dniu 4 Lipca 2019 roku. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 6010101010 00813622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

Uzasadnienie odwołania

W dniu 4 Lipca 2019 roku zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania w zakresie części VI, VII i VIII. W ocenie zamawiającego odwołujący nie spełniał przesłanki udziału w postępowaniu jaką było posiadanie licencji zezwalającej na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, obowiązującej w chwili składania oferty.

Wskazać należy, że odwołujący na wezwanie zamawiającego do przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie licencji zezwalającej na wykonywanie krajowego transportu drogowego przedstawił licencję wystawioną dla działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. .

W złożonych wyjaśnieniach, wyjaśnił ponadto, że złożone w załączeniu dokumenty dotyczące jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań w postępowaniu przez LMO Trans. LMC Trans powstała bowiem w wyniku przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. w spółkę z LMC Trans sp. z o.o. Wzmianka o tym, znajduje się w Dziale 1 Rubryka 5 odpisu z KRS prowadzonego dla Odwołującego. Zauważyć należy, że przekształcenie nastąpiło w trybie art. 551 § 5 kodeksu spółek handlowych, co oznacza, że LMC Trans wstąpiło we wszelkie prawa i obowiązki Pani A. Ś. (związane z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą). W szczególności LMC Trans jako następca prawny A. Ś. wstąpił w prawa i obowiązki wynikające z udzielonej A. Ś. licencji na realizację usług w zakresie krajowego transportu drogowego osób. LMC Trans jako następca prawny A. Ś. jest również uprawniony do wykazywania się wiedzą, doświadczeniem i zasobami, które stanowiły składniki przekształconego w LMC Trans przedsiębiorstwa przedsiębiorcy jednoosobowego - tj. A. Ś. .

Ponadto, zgodnie z treścią art. 584(2) §2 kodeksu spółek handlowych spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej.

Zamawiający jednakże w sposób błędny zinterpretował powyższy przepis przyjmując, że zgodnie z art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym przeniesienie uprawnień przysługujących z licencji następuje w wyniku decyzji administracyjnej organu, który udzielił licencji. Tym samym nieprawidłowo przyjęto, że licencja transportowa nie przechodzi z mocy prawa z przedsiębiorcy przekształcanego na spółkę przekształconą, gdyż zdaniem zamawiającego, odwołujący po wezwaniu zamawiającego przedstawił decyzję zgodnie z którą przeniesienie uprawnień z licencji nastąpiło dopiero w dniu 18 czerwca 2019 roku, zaś termin składania ofert upłynął dnia 27 maja 2019 roku.

Z taką interpretacją nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący obecnie realizuje na rzecz zamawiającego usługi o analogicznym charakterze. Przyjęcie zatem stanowiska wyrażonego przez odwołującego prowadziłoby do wniosku, iż

zamawiający dopuścił do sytuacji, w której na jego rzecz świadczone są usługi przez podmiot nieposiadający licencji. Natomiast pomimo, że w ocenie zamawiającego LMC Trans nie posiadało ważnej licencji na transport drogowy nie zwrócił na ten fakt żadnej uwagi.

Ponadto, przeczyłoby to kodeksowej zasadzie sukcesji praw i obowiązków i de facto stawianiem podmiotu przekształcanego w sytuacji, w której niezbędne jest wystąpienie niejako od nowa o wydanie licencji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie transportu drogowego. Tym samym należałoby uznać, iż ustawodawca doprowadził do powstania realiów prawnych, w których pomimo kontynuowania kontraktów wymagających posiadania licencji, które przechodzą z przedsiębiorcy na spółkę przekształconą nie posiada ona uprawnień do jej prawidłowego świadczenia. Mając na uwadze jedną z podstawowych zasad polskiego systemu prawnego, tj. zasadę racjonalności ustawodawcy, przyjęcie takiego założenia prowadziłoby do jej naruszenia i kuriozalnych wręcz sytuacji. W efekcie bowiem takiej interpretacji podmioty przekształcone musiałyby wypowiadać (lub zawieszać świadczenie usług) na rzecz swoich kontrahentów do czasu wydania przez organ licencyjny decyzji o przeniesieniu na nie uprawnień z licencji posiadanej przez przedsiębiorcę przekształcanego.

Przechodząc do oceny przekształcenia przedsiębiorcy w spółkę kapitałową, do którego doszło na tle rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, iż zgodnie z art. 584(2) § 1 ksh, spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego. Przepis art. 584(2) § 2 ksh stanowi natomiast, iż spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej.

Art. 584(2) § 3 ksh uzupełnia powyższe regulacje o postanowienie, że osoba fizyczna, o której mowa w art. 551 § 5 ksh, staje się z dniem przekształcenia współnikiem albo akcjonariuszem spółki przekształconej.

W tym kontekście warto przytoczyć stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z wyroku z dnia 16 czerwca 2015 roku, sygn. akt: II SA/Op 183/15, zgodnie z którym „W przedmiotowej sprawie odróżnić należało sytuację podmiotu przekształconego i znajdującego się w dacie kontroli w procesie potwierdzania przejścia uprawnień z licencji, od sytuacji podmiotu, który licencji w ogóle nie posiada lub też nie podjął starań o jej przeniesienie. Nie ulega wątpliwości, że podmiot przekształcony, jako kontynuator wszelkich praw i obowiązków przedsiębiorcy przekształcanego, jest nadal w posiadaniu uprawnień do wykonania przewozu. Świadczy o tym chociażby to, że organ licencyjny przenosząc decyzją uprawnienia z licencji przedsiębiorcy przekształcanego na Spółkę, określił taki sam okres jej ważności, jaki został wskazany w licencji przedsiębiorcy przekształcanego, obejmujący datę, w której doszło do kontroli drogowej i ujawnienia domniemanego braku licencji. W wyniku wydania decyzji organu licencyjnego dochodzi jedynie do potwierdzenia przyznanych uprawnień licencyjnych podmiotowi przekształcanemu. W przypadku natomiast podmiotu nie posiadającego licencji na wykonywanie przewozu decyzja nadająca uprawnienia na wykonywanie przejazdu ma charakter prawotwórczy, konstytutywny.”

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy przyjąć, że zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisów, przyjmując że wykonawca przedkładając licencję wydaną na rzecz A. S., a później dodatkowo przedkładając decyzję przenoszącą uprawnienia z licencji na rzecz LMC Trans nie wykazał posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej.

Należy zwrócić także uwagę, na stanowisko doktryny w zakresie przenoszenia uprawnień zawarte w komentarzu R. Strachowskiej do Ustawy o transporcie drogowym. Komentarz, wyd. III, przyjmującym, iż: „Omawiana regulacja stanowi nawiązanie do wyrażonej w przepisach kodeksu spółek handlowych zasady warunkowej kontynuacji uprawnień administracyjnoprawnych wynikających z decyzji administracyjnej w przypadku procesów transformacyjnych przedsiębiorcy. Mając na uwadze treść przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) regulujących materię łączenia, podziału i przekształcenia spółek prawa handlowego, należy, co do zasady, opowiedzieć się za stanowiskiem, iż w wyniku procesów tych dochodzi do sukcesji praw i obowiązków. Literalne brzmienie art. 553 §1 k.s.h., zgodnie z którym spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, nakazuje przyjąć za zasadne stanowisko, że spółka przekształcana i spółka przekształcona są podmiotami tożsamymi.” Tym samym należy uznać, że przedłożone w postępowaniu dokumenty, potwierdzają spełnienie przez LMO Trans warunków udziału w postępowaniu.

Uznać tym samym należy, że nie było podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Oznacza to, że zarówno wykluczenie, jak i następnie unieważnienie

postępowania w zakresie części VI, VII i VIII były czynnościami naruszającymi przepisy ustawy.

Rekapitulacja stanowiska odwołującego

Odwołujący wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do uniemożliwienia ubiegania się odwołującym o realizację zamówienia, tj.:

- a) zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty odwołującego,
- b) w dniu 4 lipca 2019 roku wykluczył odwołującego z postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII
- c) dokonał błędnego unieważnienia postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII.

Każda z w/w czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów ustawy.

Czynności podejmowane przez zamawiającego, tj. m.in. wykluczenie odwołującego pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności oraz błędnego unieważnienie postępowania, prowadzą do przekonania, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych, w szczególności że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez Wykonawcę zostałaby uznana za najkorzystniejszą w zakresie ww. zadań.

Odwołanie zostało przesłane zamawiającemu mailem (elektronicznie) w dniu 12 lipca 2019 roku. Wpis za odwołanie został uiszczony w dniu 12 lipca 2019 roku.

Dowód: Potwierdzenie przesłania odwołania do zamawiającego z dnia 12 lipca 2019 roku

Dowód: Potwierdzenie dokonania opłaty od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

W dniu 23 lipca 2019 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Odpowiedź na odwołanie

Działając w imieniu zamawiającego na podstawie art. 186 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą”, wniesiono odpowiedź na odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego od czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Dowóz 110 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów do przedszkoli, szkół i placówek oświatowych na trasie dom — jednostka oświatowa, jednostka oświatowa — dom dla ośmiu Obszarów Mokotowa (nr postępowania: UD-IV-WZP.271,40.2019.DKO).

Wniesiono o oddalenie odwołania w całości a w szczególności o:

1. oddalenie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej, co doprowadziło do wykluczenia z postępowania.
2. oddalenie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie części VI i VIII z uwagi na fakt wykluczenia wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu i braku możliwości zwiększenia wartości na sfinansowanie zamówienia do ceny kolejnej oferty najwyżej ocenionej.
3. oddalenie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie części VII z uwagi na fakt wykluczenia wykonawcy i braku ofert niepodlegających odrzuceniu. W przedmiotowej części została złożona jedna oferta.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

W dniu 12 lipca 2019 r. wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego, wykonanych - w. „częściach VI, VII i VIII przedmiotowego postępowania, polegających na wykluczeniu wykonawcy oraz unieważnieniu przedmiotowego postępowania w częściach VI, VII i VIII. Biorąc pod uwagę fakt, iż unieważnienie postępowania w częściach VI, VII i VIII było konsekwencją wykluczenia odwołującego/wykonawcy z postępowania, istotą odwołania jest zasadność wykonania czynności wykluczenia odwołującego.

W związku z powyższym zamawiający wyjaśnia powody wykluczenia odwołującego z postępowania.

W dniu 4 czerwca 2019 r., w związku z tym, że oferta odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza w częściach: VI, VII i VIII przedmiotowego postępowania, zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust.1 ustawy, wezwał odwołującego, do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania- warunków udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej zamawiający wymagał złożenia aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, obejmującej co najmniej obszar m.st. Warszawy.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na potwierdzenie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, wykonawca złożył licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób, obejmującą co najmniej obszar m.st. Warszawy, udzieloną przedsiębiorcy A. Ś., ul. Dobrodzieja IOB, 02-998 Warszawa. Wykonawca załączył pismo w którym wyjaśnia, iż złożone w załączeniu dokumenty dotyczące jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań w postępowaniu przez I-MC Trans Sp. z o.o. Z treści pisma wynika, że I-MC Trans Sp. z o.o. powstała (postanowienie Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego) w wyniku przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. w spółkę z I-MC Trans Sp. z o.o.

Zamawiający ustalił, że zgodnie z art. 584² § 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 505) — zwanej dalej „KSH”, spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Ponadto zamawiający ustalił, że zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. 2019 poz. 58) — zwanej dalej „Utd”, zasadą jest, że przedsiębiorca nie może przenosić na osoby trzecie uprawnień wynikających z licencji. Jednocześnie Utd daje możliwość przeniesienia uprawnień wynikających z licencji w razie przekształcenia przedsiębiorcy, jednakże zgodnie z art. 13 ust. 2 Utd przeniesienie uprawnień następuje w wyniku decyzji administracyjnej organu, który udzielił licencji pod warunkiem spełnienia przez przedsiębiorcę przejmującego uprawnienia wynikających z zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego wymagań określonych w Utd.

Z powyższej analizy wynikało, iż licencja transportowa nie przechodzi z mocy prawa z przedsiębiorcy przekształcanego na spółkę przekształconą, oraz że Wykonawca I-MC Trans Sp. z o.o. obowiązany był wystąpić do odpowiedniego organu o przeniesienie uprawnień wynikających z licencji udzielonej przedsiębiorcy przekształcanemu. Ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów wynikało, że Wykonawca złożył wniosek o przeniesienie uprawnień z licencji po otrzymaniu wezwania do złożenia dokumentów, tj. w dniu 12 czerwca 2019 r.

W związku z powyższym, działając na podstawie art.26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 27 czerwca 2019 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, obejmującej co najmniej obszar m.st. Warszawy, zgodnie z ustawą utd udzielonej podmiotowi przekształconemu.

W odpowiedzi Wykonawca złożył licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób, obejmującą co najmniej obszar m.st. Warszawy, udzieloną Wykonawcy w dniu 18 czerwca 2019 r. Jak wynika z dołączonej do licencji decyzji Prezydenta m.st. Warszawy nr 614/AO-VII/19, przeniesienie uprawnień wynikających z licencji udzielonej przedsiębiorcy A. Ś. na Wykonawcę w dniu 18.06.2019 r.

Powyższe wskazuje, że wykonawca I-MC Trans Sp. z o.o. w dniu 27 maja 2019 r., w którym

upływał termin składania ofert, nie posiadał aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego. Biorąc pod uwagę fakt, że warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej było posiadanie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, obowiązującej w chwili składania oferty, brak aktualnej na dzień składania ofert licencji implikował obowiązek wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W związku z powyższym w dniu 4 lipca 2019 r. zamawiający wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania. Informacja o wykonawcy wykluczonym z przedmiotowego postępowania w częściach VI, VII i VIII, wraz ze wskazaniem podstawy faktycznej i prawnej, została przekazana wykonawcom przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 5 lipca 2019 r.

Konsekwencją wykluczenia Wykonawcy była konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania w częściach VI, VII i VIII. W częściach VI i VIII podstawą unieważnienia był art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z tym, że cena oferty kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie mógł tej kwoty zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej. W części VII przedmiotowego zamówienia podstawą do unieważnienia był art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, w związku z tym, że oferta Wykonawcy, była jedyną ofertą złożoną w części VII przedmiotowego postępowania. Informacja o unieważnieniu postępowania w częściach: VI, VII i VIII, wraz ze wskazaniem podstawy faktycznej i prawnej, została przekazana wykonawcom przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 5 lipca 2019 r.

Odnosząc się do treści odwołania złożonego przez odwołującego zamawiający stwierdza co następuje:

Odwołanie nie zawiera w istocie merytorycznej polemiki z poglądem zamawiającego, a odwołujący powołuje się na pogląd przyjęty w wyroku WSA w Opolu z dnia 16 czerwca 2015 r. w sprawie II SA/Op 183/15. Przedmiotem postępowania w sprawie zakończonej tym wyrokiem była kara pieniężna nałożona w trybie przepisów ustawy o transporcie drogowym na spółkę z o. o., która powstała z przekształcenia przedsiębiorstwa osoby fizycznej. Organ uznał, że spółka przekształcana działała bez licencji, choć skarżący powoływał się, iż mógł posługiwać się licencją przewozową osoby fizycznej, a decyzja przenosząca licencję potwierdzała posiadanie uprawnień przez podmioty przekształcane, gdyż licencja była przenoszona z ważnością na ten sam okres, co udzielona podmiotowi przekształcanemu. Sąd opolski po rozpoznaniu skargi uznał, że inna jest sytuacja podmiotu przekształconego i znajdującego się w dacie kontroli w procesie potwierdzania przejścia uprawnień z licencji, od sytuacji podmiotu, który licencji w ogóle nie posiada lub też nie podjął starań o jej przeniesienie. Nie ulega wątpliwości, że podmiot przekształcony, jako kontynuator wszelkich praw i obowiązków przedsiębiorcy przekształcanego, jest nadal w posiadaniu uprawnienia do wykonania przewozu. Sąd dokonał analizy poglądów doktryny co do znaczenia norm art. 553 i 584² KSH, zaś z zawartego w nich odesłania „chyba, że odrębne przepisy stanowią inaczej” poddał analizie normę art. 13 ust. 2 pkt 2 Utd, twierdząc, iż nie jest normą konkurencyjną. Sąd uznał, że wykładnia literalna tego przepisu mogłaby prowadzić do wniosków sprzecznych z Konstytucją, stąd konieczne jest odwołanie się do wykładni funkcjonalnej, a wnioski z tej wykładni zdaniem Sądu nie pozwalałyby obciążyć skarżącego karą pieniężną za brak licencji podmiotu, który posługiwał się licencją podmiotu przekształcanego, zwłaszcza, jeśli organ orzekający o karze posiadał wiedzę o trwającym przed organem licencyjnym postępowaniu w przedmiocie przeniesienia uprawnień z licencji. Zdaniem Sądu odwołując się do zasady aktualności należy brać pod uwagę stan istniejący w dacie orzekania, a w dacie orzekania skarżący posiadał już licencję, więc niesporny fakt, iż jej nie posiadał w dacie kontroli nie oznacza, że sprawiedliwe byłoby jego karanie tak jakby tej licencji nie posiadał w ogóle lub nie posiadał jej jego poprzednik czy podmiot przekształcany.

Powyższy pogląd wydaje się słuszny, ale stanowi on w istocie polemikę z przeciwnym poglądem przyjętym przez ustawodawcę. Sąd ma oczywiście uprawnienie, by próbować wpływać na ustawodawcę w celu doprowadzenia do wyeliminowania rozwiązań sprzecznych jego zdaniem z Konstytucją, ale w pierwszej kolejności powinien stosować przepis obowiązujący, choć z jego brzmieniem się nie zgadza. Nie zawsze bowiem bezpośrednie stosowanie Konstytucji według jej wymagań art. 8 może oznaczać pomijanie norm rangi ustawowej, bez ich kontroli przez Trybunał Konstytucyjny.

Powyższa zależność została dostrzeżona przez Sąd II instancji, który uwzględnił skargę na ten wyrok wniesioną przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego i wyrokiem z 29

czerwca 2017 r. w sprawie II GSK 2936/15 wyrok ze sprawy II SA/Op 183/15 został uchylony, a skarga oddalona. NSA zauważył, że o ile słuszne są rozważania Sądu I instancji co do znaczenia przepisów KSH o skutkach sukcesji podmiotów przekształcanych (albo sukcesja uniwersalna, albo quasi kontynuacja), to umknęło temu Sądowi, że norma art. 13 ust. 2 Utd jest przepisem szczególnym wobec normy art. 584² KSH. Pierwszy z przepisów zdaniem Sądu II instancji jednoznacznie wskazuje, że przejście uprawnień wynikających z licencji udzielonych przedsiębiorcy przekształcanemu, może nastąpić wyłącznie w drodze prawo-kształtującej decyzji właściwego organu administracji. Stosownie do treści art. 4 pkt 17 Utd, licencja to decyzja administracyjna wydana przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego lub określony w ustawie organ samorządu terytorialnego, uprawniająca do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w zakresie transportu drogowego. Dopiero, zatem decyzja konstytutywna powoduje, że podmiot powstały wskutek przekształcenia przewidzianego w przepisach ustawy KSH nabywa uprawnienia wynikające z licencji udzielonej innemu przedsiębiorcy, gdyż zasadą jest zakaz odstępowania lub przenoszenia tego rodzaju praw. Sąd dalej zauważył, że o konstytutywnym charakterze decyzji przenoszącej uprawnienia z licencji przewozowej wypowiedział się NSA w wyrokach z dnia 29 października 2010 r. w sprawie II GSK 901/09, czy z dnia 19 października 2010 r. w sprawie II GSK 880/09. Zdaniem Sądu II instancji w art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym zawarty jest wyczerpujący katalog sytuacji, w których organ udzielający licencji może ją przenieść w drodze decyzji na inny podmiot, pod warunkiem spełnienia przez przedsiębiorcę, przejmującego uprawnienia wynikające z licencji, wymagań określonych w art. 5 ust. 3. Z woli ustawodawcy przypadkiem wymagającym wydania decyzji w przedmiocie przeniesienia uprawnień wynikających z licencji jest przekształcenie się w spółkę. Nie wchodzi, więc tutaj w grę niczym nieograniczony automatyzm w przejściu na spółkę przekształconą uprawnień wynikających z licencji posiadanej przez osobę fizyczną, gdyż - jak to wyżej wskazano - wymagana jest tutaj decyzja organu licencyjnego, wydana na podstawie powołanego przepisu w postępowaniu wszczętym na wniosek spółki przekształconej, tak NSA w wyroku z 30 czerwca 2010 r. w sprawie II GSK 653/09 i w wyroku z 27 października 2015 r. w sprawie II GSK 1996/14.

Nie budzi, więc wątpliwości, że cytowany przez Wykonawcę pogląd przyjęty w wyroku Sądu opolskiego z dnia 16 czerwca 2016 r. został wyraźnie zakwestionowany przez Sąd II instancji. Zresztą ten sam WSA w Opolu w innym składzie w wyroku z dnia 20 października 2015 r. w sprawie II SA/Op 299/15 nie zgodził się z poglądem z wyroku w sprawie II SA/Op 183/15 i też kontrolując decyzję o karze pieniężną za przewóz bez licencji uznał, że do czasu wydania dla przekształconej spółki pozytywnej decyzji, o której mowa w art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym, spółka przekształcona nie może wykonywać transportu drogowego na podstawie licencji posiadanej przez podmiot przekształcany. Opierał się na poglądzie NSA z wyroku z dnia z dnia 2 lutego 2007 r. w sprawie II OSK 350/06, w którym Sąd ten przyjął, że zezwolenie jest decyzją administracyjną, aktem publicznoprawnym, jego przedmiotem jest udzielenie uprawnień publicznoprawnych, regulowanych przepisami prawa publicznego, ukierunkowanymi na ochronę interesu publicznego. To ochrona interesu publicznego (w tym m.in. ochrona zdrowia, życia, bezpieczeństwa, porządku publicznego) tkwi u podstaw zasady nieprzenoszalności uprawnień wynikających z koncesji, zezwoleń i licencji. Ogólnej zasady nieprzenoszalności na gruncie prawa publicznego uprawnień wynikających z koncesji, zezwoleń i licencji nie podważa przepis art. 552 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 2019 poz. 1145), który - wprowadzając zasadę, iż czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa - zastrzega, że nie ma ona zastosowania, gdy co innego wynika z treści tej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Inaczej mówiąc, licencja, zezwolenie, jest instytucją prawa administracyjnego, a nie cywilnego, dlatego też do dysponowania nim jest władny wydający je organ administracji publicznej, a nie podmiot gospodarczy, który je uzyskał.

Powyższy przegląd orzecznictwa Sądów administracyjnych potwierdza, iż stanowisko zamawiającego przyjęte w informacji o wykluczeniu odwołującego jest słuszne. Nawet, gdyby dopuścić częściową słuszność poglądu Sądu opolskiego w sprawie II SA/Op 183/15 o braniu pod uwagę stanu sprawy z chwili orzekania, to reguła ta i tak nie miałaby zastosowania na gruncie ustawy Pzp, abstrahując od tego, że zamawiający nie wydaje żadnej decyzji administracyjnej. Warunki udziału w postępowaniu należy spełnić w chwili składania oferty, o czym przesądza art. 25a ust. 1. Wymóg posiadania u uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wynikających z odrębnych przepisów jako warunek udziału w postępowaniu wprost przewiduje norma art. 22 ust. 1 b pkt 1 ustawy. Tak więc sam fakt posiadania uprawnień w dniu rozstrzygnięcia przetargu (co niewątpliwie w sprawie miało miejsce i nie jest sporne), nie ma znaczenia prawnego, bo Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Konkluzję tę pośrednio potwierdza norma art. 26 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1. Jeśli zaś decyzja przenosząca uprawnienia z licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób nie ma, jak chce Wykonawca, charakteru deklaratoryjnego, to późniejsze wydanie przez organ licencyjny decyzji konstytutywnej przenoszącej uprawnienia licencyjne, nie mogło sanować braku spełnienia przez

odwołującego się warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze przedstawione w niniejszym piśmie argumenty, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie złożono w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Dowóz 110 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów do przedszkoli, szkół i placówek oświatowych na trasie dom - jednostka oświatowa, jednostka oświatowa - dom dla ośmiu Obszarów Mokotów, znak postępowania: UD-IV- WZP.271.40.2019.DKO - cz. VI, VII i VIII.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 2019/S 078-186824, data opublikowania: 19 kwietnia 2019 roku, data publikacji na stronie zamawiającego: 19 kwietnia 2019 roku

Odwołujący na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018r. poz.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, w oparciu o art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez zamawiającego w dniu 4 lipca 2019 roku polegającej na:

- a) wykluczeniu odwołującego z postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII;
- b) unieważnieniu postępowania w zakresie cz. VI, VII i VIII.

W związku z powyższymi czynnościami zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy ustawy:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 przez zastosowanie i uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, co doprowadziło do wykluczenia z postępowania, podczas gdy zdaniem odwołującego wykazał w sposób prawidłowy, że takie uprawnienia posiada;
- b) art. 93 ust. 1 pkt 4) przez unieważnienie postępowania w zakresie cz. VI i VIII wskutek wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, podczas gdy zdaniem odwołującego nie doszło do przesłanek uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu;
- c) art. 93 ust. 1 pkt 1) przez unieważnienie postępowania w zakresie cz. VII z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, wskutek wykluczenia z udziału w postępowaniu, podczas gdy zdaniem odwołującego nie doszło do przesłanek uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu;
- d) art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym w zw. z art. 584⁽²⁾ §2 i 551 §5 ustawy z dnia 15 września 2000 roku - Kodeks spółek handlowych („ksh”) w zw. z art. 7 ust. przez przyjęcie przez zamawiającego, że nie doszło do przejścia na odwołującego uprawnień wynikających z licencji wydanej na rzecz działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś., przekształconej w spółkę odwołującego, podczas gdy zdaniem odwołującego w wyniku wydania decyzji organu licencyjnego dochodzi jedynie do potwierdzenia przyznanych uprawnień licencyjnych podmiotu przekształcanego, nie zaś do przyznania na nowo uprawnień w wyniku decyzji administracyjnej.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą prowadzić do uniemożliwienia udziału odwołującego w postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik postępowania, odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego oraz odrzucenia oferty odwołującego;

- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 4) nakazanie zamawiającemu przywrócenia do postępowania odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ;
- 5) zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący krytykę decyzji zamawiającego przedstawił w uzasadnieniu odwołania, którego treść przedstawiono powyżej, a które sprowadza się zasadniczo do następującej argumentacji.

W dniu 4 Lipca 2019 roku zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania.

Przyczyną wykluczenia było nie posiadanie przez odwołującego licencji zezwalającej na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, którą powinien posiadać odwołujący w chwili składania oferty.

Odwołujący na wezwanie zamawiającego do przedstawienia dokumentów licencji zezwalającej na wykonywanie krajowego transportu drogowego przedstawił licencję wystawioną dla działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. .

Bowiem spółka odwołującego powstała w wyniku przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. a wzmianka o tym, znajduje się w Dziale 1 Rubryka 5 odpisu z KRS prowadzonego dla odwołującego. Przekształcenie nastąpiło w trybie art. 551 § 5 kodeksu spółek handlowych, co oznacza, że odwołujący wstąpił we wszelkie prawa i obowiązki A. Ś. . Odwołujący jako następca prawny A. Ś. wstąpił w prawa i obowiązki wynikające z udzielonej jej licencji na realizację usług w zakresie krajowego transportu drogowego osób. Zgodnie z treścią art. 584⁽²⁾ §2 kodeksu spółek handlowych spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej.

Natomiast zamawiający zinterpretował przepis art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym w ten sposób, że przeniesienie uprawnień przysługujących z licencji następuje w wyniku decyzji administracyjnej organu, który udzielił licencji.

Odwołujący po wezwaniu zamawiającego przedstawił decyzję zgodnie z którą przeniesienie uprawnień z licencji nastąpiło w dniu 18 czerwca 2019 roku a termin składania ofert upłynął dnia 27 maja 2019 roku, co pomiędzy stronami jest bezsporne.

Według odwołującego takie stanowisko zamawiającego przeczy kodeksowej zasadzie sukcesji praw i obowiązków i stawia odwołującego w pozycji występującego od nowa o wydanie licencji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie transportu drogowego. Tak interpretując stanowisko zamawiającego podmioty przekształcone musiałyby wypowiadać realizację usług do czasu wydania przez organ licencyjny decyzji o przeniesienie na uprawnien z licencji posiadanej przez przedsiębiorcę przekształcanego.

Przepis art. 584⁽²⁾ § 2 ksh stanowi, że spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu Wyrok z dnia 16 czerwca 2015 roku, Sygn. akt: II SA/Op 183/15, zgodnie z którym „W przedmiotowej sprawie odróżnić należało sytuację podmiotu przekształconego i znajdującego się w dacie kontroli w procesie potwierdzania przejścia uprawnień z licencji, od sytuacji podmiotu, który licencji w ogóle nie posiada lub też nie podjął starań o jej przeniesienie. Nie ulega wątpliwości, że podmiot przekształcony, jako kontynuator wszelkich praw i obowiązków przedsiębiorcy przekształcanego, jest nadal w posiadaniu uprawnienia do wykonania przewozu. Świadczy o tym chociażby to, że organ licencyjny

przenosząc decyzją uprawnienia z licencji przedsiębiorcy przekształcanego na Spółkę, określił taki sam okres jej ważności, jaki został wskazany w licencji przedsiębiorcy przekształcanego, obejmując datę, w której doszło do kontroli drogowej i ujawnienia domniemanego braku licencji. W wyniku wydania decyzji organu licencyjnego dochodzi jedynie do potwierdzenia przyznanych uprawnień licencyjnych podmiotu przekształcanego. W przypadku natomiast podmiotu nie posiadającego licencji na wykonywanie przewozu decyzja nadająca uprawnienia na wykonywanie przejazdu ma charakter prawotwórczy, konstytutywny."

Izba ustaliła na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z doręczonej przez zamawiającego na płycie CD dokumentacji postępowania w związku z przywołanymi zawartymi w niej dokumentami oraz złożonymi niespornymi oświadczeniami i wyjaśnieniami stron, następujący stan faktyczny i prawny w sprawie.

Pełnomocnik odwołującego oświadcza, że w dniu 27 maja 2019 r. upływał termin składania ofert. Dnia 4 czerwca 2019 r. odwołujący został wezwany do przedłożenia aktualnej licencji na wykonywanie transportu tj. do dnia 17.06.2019 roku. Odwołujący dnia 13 czerwca 2019 roku złożył dokumenty w tym licencję dla Pani A. Ś. . Dnia 27 czerwca 2019 roku zamawiający ponownie wezwał odwołującego, powołał się na obowiązujące przepisy i zażądał licencji wydanej na podmiot, który złożył ofertę do dnia 1 lipca 2019 roku. Dnia 27 czerwca 2019 roku złożono dokument, gdzie licencja została wystawiona na podmiot wykonawcy / odwołującego (data 18 czerwca 2019r.). W tym miejscu pełnomocnik wyjaśnia, że podmiot Działalność Gospodarcza A. Ś. została przekształcona w jednoosobową spółkę odwołującego w której Pani Ś. była prezesem zarządu. Dnia 10 grudnia 2018 r. - złożenie oświadczenia o przekształceniu ze skutkiem przekształcenia w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez wpis do KRS posiadając 100% kapitału. (...) W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego odczytuje treść pisma z dnia 24 maja 2019 r. załączone do oferty, z którego wynika, że odwołujący informuje, iż nastąpiły zmiany w zarządzie, które nastąpiły 14 maja 2019 r. przy piśmie z 27 czerwca 2019r. na ponowne wezwanie zamawiającego dołączyliśmy decyzję nr 519/AO-VII/19 z dnia 18 czerwca 2019r. Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawa tj. decyzja o przeniesieniu uprawnień do działalności z licencji Pani A. Ś. na odwołującego.

Z dokumentacji przekazanej na płycie CD Izba na rozprawie przeprowadziła następujące dowody w sprawie:

- 1) protokół z postępowania - plik 16;
- 2) informacje o unieważnieniu postępowania - dnia 4 lipca 2019 r., część VI zamówienia (folder 11 plik 17 - informacja o unieważnieniu części VI) i część VII zamówienia (folder 12 plik 14);
- 3) informacje o wykonawcy, który został wykluczony z postępowania - dnia 4 lipca 2019 r. (folder 11 plik 14 - informacja o wykluczeniu VI 6);
- 4) pismo z dnia 27 czerwca 2019 zamawiającego do odwołujący - wezwanie o dokumenty, art. 26 ust. 3 - drugie wezwanie (folder 11 podfolder 11 plik 01 i 02 - dokumenty złożone przez odwołującego, pismo wykonawcy, licencja i decyzja);
- 5) wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów art.26 ust.3 cz.VI - drugie (folder 11 plik 10)
- 6) folder 11 podfolder 8 - dokumenty złożone przez odwołującego na pierwsze wezwanie w dniu 13 czerwca 2019 r.;
- 7) folder 11 plik 06 - wezwanie do dokumentów część VI z dnia 4 czerwca 2019 r. (7 strona wykazu);
- 8) wyjaśnienie zarządu - 24 maja 2019 r., folder 11 podfolder 02 plik 12;
- 9) folder 11 podfolder 08 plik 02 dokumenty złożone przez odwołującego 26.2 cz.VI z 13.06.2019r. (postanowienie dot. Przekształcenia z dnia 11 kwietnia 2019 r.) i plik 04 (skany dokumentów, licencja - A. Ś. i wniosek o przeniesienie uprawnień z licencji z dnia 12.06.2019);

- 10) folder 03 podfolder 01 plik 02 - SIWZ (s. 9 i 11 siwz- warunki i dokumenty.

Pełnomocnik odwołującego podniósł kwestię wynikającą z odpowiedzi na odwołanie, bowiem zamawiający na stronie pierwszej wnosi o oddalenie odwołania w całości przy czym wymienia

tylko 3 podstawy prawne naruszeń, w oparciu o które skonstruowano zarzuty, ale nie wnosi o oddalenie zarzutu z punktu D odwołania gdzie podstawa jest zasadnicza w mojej ocenie co do podniesionych zarzutów, mianowicie KSH. Uważam, że brakuje w odpowiedzi punktu 4, który odnosiłby się do litery D odwołania. Z powyższego wynika, że zamawiający nie kwestionuje zarzutu zawartego w punkcie D.

Zamawiający przyznaje, że jest to spór co do prawa przy czym zwraca uwagę, że we wstępie pisma wnosi o oddalenie odwołania w całości, a co do punktu D, to odnosi się w uzasadnieniu co do sporu doktrynalnego w tym zakresie. Chciałby w tym miejscu podkreślić chronologię zdarzeń i tak przekształcenie 14 kwietnia 2019 r., ogłoszenie o zamówieniu 19 kwietnia 2019 r., składanie ofert 27 maja 2019 r., pierwsze wezwanie 4 czerwca 2019 r., a wniosek o przeniesienie licencji 12 czerwca 2019 r. i już 18 czerwca 2019 r. - otrzymana decyzja. Zwraca uwagę, że wydanie decyzji wymagało tylko 6 dni. Owszem licencja przechodzi, można powiedzieć automatycznie, ale musi być działanie przedsiębiorcy. Uważa, że wykonawca złożył wniosek, po nie czasie jak zorientował się o takiej konieczności. Przy czym z samej decyzji wynika, że składane są takie same dokumenty jak dla nowego podmiotu, który chce uzyskać licencję. 27 czerwca 2019 r. zwracamy się ponownie. Przyznają, że analizowaliśmy podmiotowe prawo szczegółowo, sytuację i stwierdzamy, że jest spór doktrynalny, w naszej ocenie przeważa na naszą korzyść. Uważam, że przenoszenie licencji ma charakter konstytutywny, bo musi być wniosek, dokumenty tak jak przy staraniu się o licencję i po analizie dokumentów następuje ewentualne przeniesienie licencji. Uważam, że nie możemy mówić o deklaratoryjności tej decyzji. Zwracam uwagę, że decyzję o wykluczeniu podjęliśmy po długim namyśle. Chcieliśmy utrzymać postępowanie ze względu na konieczność dowozu dzieci, nie mniej analiza prawna sytuacji została oceniona i unieważniliśmy postępowanie.

Odwołujący uważa, że jest to spór doktrynalny i wnosi o rozważenie przez Izbę wystąpienia z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego.

Zamawiający nie widzi takiej potrzeby, bo analizowaliśmy sytuację pod kątem prawnym i zdecydowana większość uważa przedsiębiorcę do czasu wydania decyzji przenoszącej licencję, że nie jest uprawniony.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, jak zresztą przyznaje na rozprawie odwołujący, wniósł o oddalenie odwołania w całości a w szczególności co do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy i uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej, co doprowadziło do wykluczenia z postępowania.

Następnie o oddalenie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez unieważnienie postępowania w zakresie części VI i VIII z uwagi na fakt wykluczenia odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu i braku możliwości zwiększenia wartości na sfinansowanie zamówienia do ceny kolejnej oferty najwyżej ocenionej. No i o oddalenie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania w zakresie części VII z uwagi na fakt wykluczenia wykonawcy i braku ofert niepodlegających odrzuceniu. W przedmiotowej części została złożona jedna oferta. Tak więc odwołujący objął swoim stanowiskiem, co do wniesionego odwołania, wszystkie skonstruowane zarzuty odwołania o naruszenie przepisów ustawy. Przywołanie podstawy prawnej ksh stanowi argumentacją prawną do czynności wykluczenia i sformułowanych o te czynności zarzutów, do której to argumentacji zamawiający odnosi się w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie, podważając ją w kontekście przywoływanej przez obydwie strony ustawy o transporcie drogowym.

W dniu 12 lipca 2019 r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, wykonanych w częściach VI, VII i VIII postępowania, wykluczenia odwołującego oraz unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania było skutkiem wykluczenia odwołującego z postępowania. W związku z tym ocenie podlega zasadność czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

W dniu 4 czerwca 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust.1 ustawy, wezwał odwołującego, do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej

zamawiający t.j. aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, obejmującej co najmniej obszar m.st. Warszawy.

Odwolujący złożył licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób, udzieloną przedsiębiorcy A. Ś. . Wykonawca załączył pismo w którym wyjaśnia, iż złożone w załączeniu dokumenty dotyczące jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A. Ś. stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań w postępowaniu przez odwołującego Z treści pisma wynika, że spółka odwołującego powstała (postanowienie Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego) w wyniku przekształcenia jednoosobowej działalności gospodarczej A. Ś. w spółkę odwołującego

Zgodnie z art. 584² § 2 ksh, spółka przekształcona jest podmiotem zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed przekształceniem o ile ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. 2019 poz. 58) zasadą jest, że przedsiębiorca nie może przenosić na osoby trzecie uprawnień wynikających z licencji. Jednocześnie ustawa ta dopuszcza przeniesienie uprawnień z licencji w przypadku przekształcenia przedsiębiorcy ale w myśl art. 13 ust. 2 tejże ustawy przeniesienie praw następuje na podstawie decyzji administracyjnej organu, który udzielił licencji.

Przy czym warunkiem otrzymania przez przedsiębiorcę przejmującego uprawnienia z zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego jest spełnienie wymagań określonych w wyżej wymienionej ustawie o transporcie drogowym.

W związku z powyższym licencja nie przechodzi z mocy prawa z przedsiębiorcy przekształcanego na spółkę przekształconą. Słusznie też zamawiający stwierdził, że odwołujący jest zobowiązany do wystąpienia do właściwego organu o przeniesienie uprawnień z licencji udzielonej przedsiębiorcy przekształcanemu. Natomiast ze złożonych przez odwołującego dokumentów wynikało, że odwołujący złożył wniosek o przeniesienie uprawnień z licencji po otrzymaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów w dniu 12 czerwca 2019 r. a nie chociażby przed upływem terminu składania ofert.

Słusznie zamawiający w dniu 27 czerwca 2019 r., po otrzymaniu licencji wystawionej na A. Ś., opierając się na art.26 ust. 3 ustawy wezwał odwołującego do złożenia aktualnej licencji na wykonywanie transportu drogowego osób, obejmującej co najmniej obszar m.st. Warszawy, udzieloną podmiotowi przekształconemu.

Na to wezwanie odwołujący złożył licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób, obejmującą co najmniej obszar m.st. Warszawy, udzieloną w dniu 18 czerwca 2019 r. Jak wynika z dołączonej do licencji decyzji Prezydenta m.st. Warszawy nr 614/AO-VII/19, przeniesienie uprawnień wynikających z licencji udzielonej przedsiębiorcy A. Ś. na odwołującego nastąpiło w dniu 18.06.2019 roku.

Czyli odwołujący 27 maja 2019 roku to jest w dniu, w którym upływał termin składania ofert, nie posiadał aktualnej licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego. Stąd nie posiadanie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, w dniu składania ofert, zobowiązywało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Decyzja zamawiającego z dnia 4 lipca 2019 r. o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania a przesłana wykonawcom dnia 5 lipca jest zgodna z prawem. Również jest zgodna z prawem co do unieważnienia postępowania w częściach VI, VII i VIII.

Na marginesie należy zaznaczyć, że w częściach VI i VIII podstawą unieważnienia stanowił art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z tym, że cena oferty kolejnego wykonawcy przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia a zamawiający nie zwiększył kwoty do oferty najkorzystniejszej. W części VII przedmiotowego zamówienia podstawą do unieważnienia był art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z tym, że oferta Wykonawcy była jedyną ofertą złożoną w tej części postępowania.

Co do przywołanego orzecznictwa odwołującego WSA w Opolu z dnia 16 czerwca 2015 r. w sprawie II SA/Op 183/15 to zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykazał, że wyrok ten został uchylony. „Powyższa zależność została dostrzeżona przez Sąd II instancji, który uwzględnił skargę na ten wyrok wniesioną przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego i wyrokiem z 29 czerwca 2017 r. w sprawie II GSK 2936/15 wyrok ze sprawy II SA/Op 183/15

został uchylony(...) Naczelny Sąd Administracyjny zauważył, że o ile słuszne są rozważania Sądu I instancji co do znaczenia przepisów KSH o skutkach sukcesji podmiotów przekształcanych (albo sukcesja uniwersalna, albo quasi kontynuacja), to umknęło temu Sądowi, że norma art. 13 ust. 2 Utd jest przepisem szczególnym wobec normy art. 584² KSH. Pierwszy z przepisów zdaniem Sądu II instancji jednoznacznie wskazuje, że przejście uprawnień wynikających z licencji udzielonych przedsiębiorcy przekształcanemu, może nastąpić wyłącznie w drodze prawo-kształtującej decyzji właściwego organu administracji. Stosownie do treści art. 4 pkt 17 Utd, licencja to decyzja administracyjna wydana przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego lub określony w ustawie organ samorządu terytorialnego, uprawniona do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w zakresie transportu drogowego. Dopiero, zatem decyzja konstytutywna powoduje, że podmiot powstały wskutek przekształcenia przewidzianego w przepisach ustawy KSH nabywa uprawnienia wynikające z licencji udzielonej innemu przedsiębiorcy, gdyż zasadą jest zakaz odstępowania lub przenoszenia tego rodzaju praw. Sąd dalej zauważył, że o konstytutywnym charakterze decyzji przenoszącej uprawnienia z licencji przewozowej wypowiedział się NSA w wyrokach z dnia 29 października 2010 r. w sprawie II GSK 901/09, czy z dnia 19 października 2010 r. w sprawie II GSK 880/09. Zdaniem Sądu II instancji w art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym zawarty jest wyczerpujący katalog sytuacji, w których organ udzielający licencji może ją przenieść w drodze decyzji na inny podmiot, pod warunkiem spełnienia przez przedsiębiorcę, przejmującego uprawnienia wynikające z licencji, wymagań określonych w art. 5 ust. 3. Z woli ustawodawcy przypadkiem wymagającym wydania decyzji w przedmiocie przeniesienia uprawnień wynikających z licencji jest przekształcenie się w spółkę. Nie wchodzi, więc tutaj w grę niczym nieograniczony automatyzm w przejściu na spółkę przekształconą uprawnień wynikających z licencji posiadanej przez osobę fizyczną, gdyż - jak to wyżej wskazano - wymagana jest tutaj decyzja organu licencyjnego, wydana na podstawie powołanego przepisu w postępowaniu wszczętym na wniosek spółki przekształconej, tak NSA w wyroku z 30 czerwca 2010 r. w sprawie II GSK 653/09 i w wyroku z 27 października 2015 r. w sprawie II GSK 1996/14.

Nie budzi, więc wątpliwości, że cytowany przez Wykonawcę pogląd przyjęty w wyroku Sądu opolskiego z dnia 16 czerwca 2016 r. został wyraźnie zakwestionowany przez Sąd II instancji. Zresztą ten sam WSA w Opolu w innym składzie w wyroku z dnia 20 października 2015 r. w sprawie II SA/Op 299/15 nie zgodził się z poglądem z wyroku w sprawie II SA/Op 183/15 i też kontrolując decyzję o karze pieniężną za przewóz bez licencji uznał, że do czasu wydania dla przekształconej spółki pozytywnej decyzji, o której mowa w art. 13 ust. 2 ustawy o transporcie drogowym, spółka przekształcona nie może wykonywać transportu drogowego na podstawie licencji posiadanej przez podmiot przekształcany. Opierał się na poglądzie NSA z wyroku z dnia z dnia 2 lutego 2007 r. w sprawie II OSK 350/06, w którym Sąd ten przyjął, że zezwolenie jest decyzją administracyjną, aktem publicznoprawnym, jego przedmiotem jest udzielenie uprawnień publicznoprawnych, regulowanych przepisami prawa publicznego, ukierunkowanymi na ochronę interesu publicznego. To ochrona interesu publicznego (w tym m.in. ochrona zdrowia, życia, bezpieczeństwa, porządku publicznego) tkwi u podstaw zasady nieprzenoszalności uprawnień wynikających z koncesji, zezwoleń i licencji. Ogólnej zasady nieprzenoszalności na gruncie prawa publicznego uprawnień wynikających z koncesji, zezwoleń i licencji nie podważa przepis art. 552 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 2019 poz. 1145), który - wprowadzając zasadę, iż czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa - zastrzega, że nie ma ona zastosowania, gdy co innego wynika z treści tej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Inaczej mówiąc, licencja, zezwolenie, jest instytucją prawa administracyjnego, a nie cywilnego, dlatego też do dysponowania nim jest władny wydający je organ administracji publicznej, a nie podmiot gospodarczy, który je uzyskał.

Warunki udziału w postępowaniu należy spełnić w chwili składania oferty, o czym przesądza art. 25a ust. 1. Wymóg posiadania u uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wynikających z odrębnych przepisów jako warunek udziału w postępowaniu wprost przewiduje norma art. 22 ust. 1 b pkt 1 ustawy. Tak więc sam fakt posiadania uprawnień w dniu rozstrzygnięcia przetargu, nie ma znaczenia prawnego, bo Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Konkluzję tę pośrednio potwierdza norma art. 26 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1. Jeśli zaś decyzja przenosząca uprawnienia z licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób nie ma, jak chce Wykonawca, charakteru deklaratoryjnego, to późniejsze wydanie przez organ licencyjny decyzji konstytutywnej przenoszącej uprawnienia licencyjne, nie mogło sanować braku spełnienia przez odwołującego się warunku udziału w postępowaniu"

Iżba w pełni podziela stanowisko zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

W tym stanie rzeczy nie znaleziono podstaw do uwzględnienia odwołania na podstawie art.192

ust.1 ustawy w związku z podniesionymi zarzutami odwołania co do wykluczenia odwołującego z postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: